

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La conclusion du contrat à distance

Montero, Etienne

Published in:

Commentaires pratiques - Obligations

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Montero, E 2007, La conclusion du contrat à distance. Dans *Commentaires pratiques - Obligations: Partie II, Titre Ier, Chap. 4, section 2bis*. Kluwer, Bruxelles, p. 67-100.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LA CONCLUSION DU CONTRAT À DISTANCE

§ 1^{er}. Introduction

I. MODERNITÉ D'UNE QUESTION ANCIENNE

A. Le mutisme du législateur de 1804

Le Code civil de 1804 est dominé, semble-t-il, par une conception statique et instantanéiste de la formation du contrat¹. Tout se passe comme si les parties, présentes l'une à l'autre, scellaient leur accord en un instant, sans autres palabres qu'un marchandage rituel.

Aucune disposition du Code n'est consacrée à l'échange des consentements, dans une perspective dynamique. En d'autres mots, on ne trouve nulle trace de l'idée d'un *processus* de formation du contrat, dont le point d'orgue est la rencontre d'une offre et d'une acceptation. Ces notions, aujourd'hui familières, sont absentes du Code. Il n'est pas davantage envisagé que le contrat puisse se former entre parties éloignées l'une de l'autre. *A fortiori* le Code ne contient-il aucune disposition relative à des problèmes tels que la rupture des pourparlers précontractuels, le retrait de l'offre ou encore la détermination du moment ou du lieu de formation du contrat.

La plupart de ces préoccupations sont pourtant déjà présentes dans la doctrine juridique immédiatement postérieure, et même antérieure, à la promulgation du Code Napoléon. En réalité, les notions d'offre et d'acceptation sont des outils d'analyse très anciens : on les retrouve sous la plume de Pothier, Toullier, Demolombe, Huc... ; de longue date, les auteurs ont considéré que le contrat se forme par la rencontre d'une offre et d'une acceptation et ont consacré de riches développements à la notion d'offre (définition, éléments constitutifs...), au problème de l'offre au public, aux effets juridiques de l'offre (fondement, point de départ et durée de sa force obligatoire, rétractation et révocation de l'offre...), aux formes et modalités de l'acceptation, etc.

La question des effets juridiques et du retrait de l'offre étant plus aiguë dans l'hypothèse de contrats conclus entre absents, c'est naturellement sur ce terrain que s'est concentrée la réflexion. Au 19^e siècle, les contrats entre parties géographiquement éloignées se concluaient uniquement par échange de lettres missives, lesquelles pouvaient tarder plusieurs jours voire semaines avant de parvenir à destination. Durant ce laps de temps, l'offrant (ou l'acceptant) pouvait changer d'avis, décéder ou devenir incapable. Ainsi est apparue la nécessité de dégager un critère pertinent pour la détermination précise du moment de formation du contrat.

Telles sont les questions envisagées, à propos des contrats conclus à distance, par les anciens auteurs, à défaut de l'avoir été par les rédacteurs du Code Napoléon.

¹ A ce sujet, E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, La Charte, 2004, pp. 61 et s.

B. La loquacité du législateur contemporain

Au contraire de son homologue de 1804, le législateur contemporain est sensible à la conclusion des contrats à distance. Il est vrai que cette question présente une extraordinaire actualité, et un regain d'intérêt de la part des auteurs, avec la diversification des techniques de communication à distance et l'essor du commerce électronique sur Internet.

Classiquement, on l'a noté, la doctrine relative aux contrats entre absents focalise l'attention sur la détermination du moment et du lieu de formation du contrat. Cette approche de la matière est doublement réductrice.

D'abord, pourquoi se cantonner au domaine des contrats ? Toute déclaration (unilatérale) de volonté transmise à distance pose la question de la détermination du moment, voire du lieu, où elle sortit ses effets. Par exemple, à propos de la notification d'un congé ou de la décision de renoncer au contrat, on peut aussi se demander à quel moment précis ses effets se produisent. Est-ce au moment où l'expression de volonté est émise ou expédiée, au moment où elle est reçue, ou encore à l'instant de sa prise de connaissance effective par le destinataire ? Au lieu d'examiner le problème par le petit bout de la lorgnette, en s'attachant seulement au cas particulier de l'acceptation de l'offre, il serait plus correct de l'envisager au niveau général où il se pose². Si ce n'est le confort des habitudes, rien n'empêche au demeurant d'adopter ce point de vue plus englobant³.

Ensuite, il faut reconnaître qu'en se bornant à s'interroger sur le moment et le lieu de conclusion du contrat, la théorie classique des contrats entre absents néglige d'autres préoccupations inhérentes à l'utilisation de techniques de communication à distance pour accorder les volontés. L'on songe ainsi aux inconvénients liés à l'absence de rapport direct entre cocontractants et de contact tangible avec le bien convoité, au risque de perte ou détérioration du produit au cours du transport, sans compter les écueils propres à la conclusion de contrats par voie électronique, particulièrement en réseau ouvert tel Internet.

Afin de rencontrer ces préoccupations, deux directives ont été adoptées par le législateur européen⁴. La première prend en charge, de manière générale, les inconvénients propres aux contrats conclus à distance avec les consommateurs. Par une loi du 25 mai 1999⁵, elle a été transcrite en droit interne dans la section 9 intitulée « Des contrats à distance » du chapitre VI de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection

² En ce sens, M. FONTAINE, « Fertilisation croisée du droit des contrats », in *Études offertes à J. Ghestin – Le contrat au début du XXI^e siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 347-361, spéc. p. 360, n° 18. Ce point de vue plus général est adopté en droit allemand, qui connaît un régime de la “déclaration de volonté adressée à un absent” (BGB, § 130). Pour un commentaire de cette disposition, voy. l'ouvrage collectif *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch – Beck'sche Kurz-Kommentare*, n° 7, München, Verlag C. H. Beck, 2004, pp. 111 et s.; C. WITZ, *Droit privé allemand*, vol. 1, Paris, Litec, 1992, pp. 93 et s., n° 86 et s.

³ Pour un essai en ce sens, voy. E. MONTERO, « Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 347-370.

⁴ Directive 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144 du 4 juin 1997, p. 19 et Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

⁵ *M.B.*, 23 juin 1999.

du consommateur (LPCC)⁶. Comme chacun sait, cette loi a été maintes fois modifiée et complétée. Sa section consacrée aux contrats à distance, en l'occurrence, a été fortement remaniée par une loi du 24 août 2005⁷. L'objectif était d'y intégrer le régime spécifique aux contrats portant sur les services financiers⁸, qui étaient expressément exclus de la réglementation générale des contrats à distance. Cette exclusion se justifie, selon le législateur européen, en raison du besoin d'une protection adaptée à la spécificité des services financiers : ceux-ci reposent par essence sur un contrat, les dispositions contractuelles (taux, durée, garantie du capital, possibilités de remboursement anticipé, etc.) constituant pour ainsi dire le service financier, alors que dans les autres contrats à distance, l'essentiel est l'objet du contrat (tel produit ou service)⁹.

En son état actuel, la section « Des contrats à distance » se subdivise en quatre sous-sections : la première est consacrée à des définitions, la deuxième aux « contrats à distance ne portant pas sur des services financiers », la troisième – de nouvelle facture – aux « contrats à distance portant sur des services financiers », enfin, la sous-section 4 regroupe des dispositions communes aux sous-sections 2 et 3.

Quant à la directive sur le commerce électronique, elle régit une diversité de matières sur lesquelles il n'y a pas lieu de s'étendre (la responsabilité des prestataires intermédiaires, la publicité sur les réseaux, etc.) et, en particulier, s'attache aux risques spécifiques liés à la conclusion de contrats dans les environnements électroniques. Elle a été transposée par deux lois du 11 mars 2003 (citée LSSI)¹⁰.

Comme l'on voit, à la faveur des interventions successives du législateur, diverses couches de règles viennent se superposer – comme par addition de greffons¹¹ – aux dispositions générales du Code civil relatives aux contrats.

Prenons l'exemple d'une vente conclue par un consommateur sur un site web. Elle se trouvera en principe soumise à un faisceau de règles cumulatives : d'abord, celles issues de la théorie générale des obligations et du régime de la vente du Code civil, ensuite, celles figurant dans la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la loi du 1^{er} septembre 2004¹² (puisque

⁶ Pour mémoire, la transposition de la directive 97/7 a été assurée, à l'égard des titulaires de professions libérales, par la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 nov. 2002, p. 51.704.

⁷ Loi du 24 août 2005 visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, *M.B.*, 31 août 2005.

⁸ Cf. Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° L 271 du 9 octobre 2002, p. 16.

⁹ A ce propos, Projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004, n° 1776/001, p. 6.

¹⁰ Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information visés à l'article 77 de la Constitution (ci-après, loi « article 77 »), *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12960, et loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, p. 12963. Seule cette dernière loi intéresse notre propos; c'est à elle que nous nous référerons par la suite.

¹¹ L'image de la greffe est empruntée à L. SIMONT, « Tendances et fonctions actuelles du droit des contrats », in *La renaissance du phénomène contractuel*, C.D.V.A., 1971, pp. 487 et s., spéc. p. 494.

¹² Loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation (*M.B.*, 21 septembre 2004, p. 68384), qui transpose la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (*J.O.C.E.*, n° L171 du 7 juillet 1999, pp. 12-16), insérant dans le Code civil, à la suite des articles

le contrat est conclu entre un vendeur et un consommateur), enfin, celles applicables aux « contrats [de consommation] à distance », quelle que soit la technique de communication utilisée (LPCC, chap. VI, section 9). A cette succession de règles applicables, s'ajoutent les dispositions de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (puisque la vente est conclue sur le Web).

II. MISE AU POINT TERMINOLOGIQUE

Aujourd'hui, plutôt que de contrats entre absents, on a tendance à parler de « contrats à distance »¹³. Cette expression a d'ailleurs été consacrée par le législateur¹⁴. Pourquoi privilégier cette nouvelle terminologie ?

Nous y voyons un premier motif, relativement anodin il est vrai. Il n'est pas ici question de « l'absence » *proprio sensu*, telle qu'envisagée et réglée dans le Code civil¹⁵. Or, il n'est pas indiqué de désigner à l'aide d'un même terme deux notions étrangères. Peut-être est-ce la raison pour laquelle certains auteurs préfèrent parler de « contrats entre personnes non présentes »¹⁶ ? Cette formule n'est toutefois pas des plus heureuses. D'autres auteurs privilégient l'expression « contrats par correspondance »¹⁷. Cette terminologie n'enchant pas davantage. Elle semble réductrice en ce qu'elle suggère, à tort ou à raison, que seuls seraient visés les contrats formés par échange de lettres missives ; si elle paraît pouvoir concerner les contrats conclus par échange de courriers électroniques, voire par fax, elle s'applique plus difficilement, sauf à forcer le sens des mots, aux contrats conclus sur le Web ou par téléphone.

Le second motif est plus intéressant. De façon générale, la théorie des contrats entre absents concerne les hypothèses où l'éloignement des parties rend problématique la détermination précise du moment et du lieu de formation du contrat. Or, l'on sait que si l'intervalle de temps écoulé entre la déclaration d'offre et celle d'acceptation est sinon nul, en tout cas négligeable, seul le lieu de conclusion du contrat demeure délicat à identifier. Ainsi affirme-t-on généralement que les contrats conclus par téléphone sont à assimiler aux contrats entre présents, mais, du point de vue du lieu, ce sont des contrats entre absents¹⁸.

Tout se passe comme si certains contrats entre absents (du point de vue du lieu de conclusion) devaient être regardés comme contrats entre présents (du point de vue du moment de conclusion). Cette présentation des choses est fâcheuse. En toute hypothèse, la théorie envisagée prend en charge la distance séparant les parties, alors que, sous l'angle du facteur temps, il n'est pas toujours permis de parler de contrat entre absents. On préférera donc

1641 et suivants relatifs à la garantie des vices cachés, une nouvelle section consacrée aux « dispositions relatives aux ventes à des consommateurs ».

¹³ Cf. M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Coll. A la rencontre du droit, Diegem, Kluwer, 1999, p. 49, n° 61.

¹⁴ Cf. l'intitulé de la section 9 du chapitre VI de la LPCC.

¹⁵ Livre premier, titre IV, articles 112 et s. A ce propos, voy. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, vol. 1 : obligations. Théorie générale, 9^e éd., par F. CHABAS, Paris, Montchrestien, 1998, p. 138, n° 140.

¹⁶ Parmi d'autres, voy. P. VAN OMMESSLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 490, n° 40 ; IDEM, « Examen de jurisprudence (1974-1982) – Les obligations », *R.C.J.B.*, 1986, p. 138, n° 55.

¹⁷ Cf., par ex., J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1970, p. 346 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, 2^e éd., Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 272.

¹⁸ En ce sens, voy. déjà G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, t. I, Paris, 1897, p. 55, n° 40.

l'expression de contrats à distance. Il nous paraît, en effet, plus satisfaisant d'envisager dans le cadre d'une théorie globale des "contrats à distance" tous les cas de contrats conclus entre parties géographiquement éloignées¹⁹.

III. PLAN DE L'EXPOSÉ

Nous n'examinerons pas les notions d'offre et d'acceptation, ni l'ensemble des questions qui s'y rapportent. Elles sont traitées ailleurs dans le présent chapitre (cf. section 2).

L'exposé portera dès lors, d'une part, sur la question de la détermination du moment et du lieu de formation du contrat entre parties éloignées (§ 2)²⁰, d'autre part, sur l'économie générale des textes de loi régissant cette situation. Etant donné que ceux-ci n'ont pas exactement le même champ d'application *ratione materiae* et *ratione personae*²¹, nous présenterons successivement, les dispositions issues de la section « Des contrats à distance » de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce (§ 3), puis celles figurant dans la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (§ 4)²².

§ 2. La détermination du moment et du lieu de formation du contrat

I. INTÉRÊT DE LA QUESTION

Il est important à divers égards de pouvoir déterminer précisément le moment de conclusion du contrat. La solution apportée à plusieurs problèmes pratiques en dépend : l'appréciation de la capacité des parties, le moment où s'opère le transfert de la propriété et des risques dans les contrats translatifs de propriété, le droit applicable au contrat en cas de changement de législation, le point de départ de certains délais légaux (prescription, action en nullité ou en rescision...) ou contractuels (délai de livraison, garanties conventionnelles...), le fait de savoir, en cas de faillite d'une des parties, si le contrat a été conclu pendant la période suspecte et s'il s'est formé avant ou après l'ouverture de la faillite, la possibilité de retirer l'offre ou de revenir sur l'acceptation, l'effet de la survenance du décès ou de l'incapacité de l'offrant...

Tels sont les principaux problèmes censés trouver une solution par référence à la détermination du moment de conclusion du contrat.

¹⁹ Ce qui n'empêche pas d'opérer des distinctions en fonction de la qualité des parties contractantes et de règles spécifiques (incidence d'un délai de rétractation...).

²⁰ L'exposé s'appuie largement sur notre étude « Eléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance » (précitée, 2004, pp. 347-370).

²¹ A ce sujet, E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, Tiré à part du Répertoire Notarial, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 192-194.

²² Les paragraphes 3 et 4 de la présente contribution s'appuient, notamment, sur certains de nos écrits antérieurs, complétés, remaniés et actualisés. Outre l'ouvrage cité à la note précédente, voy. surtout E. MONTERO et V. PIRSON, « La Vente », in *Guide Juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, sous la direction de M. COPEL et P. WÉRY, 2^e éd., Titre III, Livre 32.1bis, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2005, 47 pp. 30 et s.; E. MONTERO, « Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil des fabricants et vendeurs professionnels », in F. GLANSDORFF (coord.), *Les obligations d'information, de renseignement, de mise en garde et de conseil*, CUP – Université de Liège, vol. 86, 03/2006, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 307-353, spéc. la section 4, pp. 345 et s.

Quant au lieu de conclusion du contrat, il joue un rôle décisif dans la détermination de la compétence *ratione loci* des tribunaux dans l'ordre interne²³. Il présente également de l'intérêt pour l'application de l'article 1159 du Code civil (interprétation du contrat à la lumière de l'usage dans le pays où le contrat est passé).

En droit international privé, on observe un déclin du critère du lieu de conclusion du contrat au profit d'autres facteurs de rattachement²⁴. Néanmoins, certains textes s'y réfèrent encore²⁵.

II. SOLUTIONS ENVISAGÉES

A. L'approche classique de la question

De longue date, la doctrine s'est intéressée à la question. Pour l'affronter, elle s'est engagée dans une voie dogmatique, fondée sur une analyse purement volontariste du contrat. Dès le 19^e siècle, une controverse s'est élevée autour de la question suivante : le contrat requiert-il, pour sa formation, la *simple coexistence* des volontés²⁶ ou leur *véritable concours* à un moment déterminé²⁷ ?²⁸ En d'autres termes, le contrat est-il formé dès que les volontés en présence se sont déterminées (et ont suffisamment extériorisé leur décision), même si elles ignorent leur consensus, ou faut-il de surcroît que les parties aient conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat ? La fixation du moment de conclusion du contrat varie selon que l'on privilégie l'une ou l'autre branche de l'alternative.

Ce débat a conduit à l'élaboration de plusieurs théories bien connues, qu'il suffit de rappeler brièvement. Notons qu'il n'est guère utile de s'appesantir sur les arguments de texte invoqués par certains auteurs. Les rédacteurs du Code civil n'ayant pas envisagé la question du contrat à distance, il est téméraire de prendre appui sur certains textes particuliers pour en tirer des indications de portée générale.

²³ Articles 624, 2^o, et 635, 3^o, du Code judiciaire. En jurisprudence, voy. Cass., 25 mai 1990, *J.T.*, 1990, p. 724 ; Comm. Huy, 10 janv. et 8 mai 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1047 ; Civ. Liège (réf.), 19 mai 1995, *Pas.*, III, 1995, p. 13. Comp. en droit français : J. GHESTIN, *Les contrats : formation*, Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 278, n^o 254.

²⁴ Voy. le règlement (CE) n^o 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*J.O.C.E.*, n^o L 12, du 16 janv. 2001, p. 1), ainsi que la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, signée à Rome le 19 juin 1980 et approuvée par la loi du 14 juillet 1987 (*M.B.*, 9 oct. 1987). Les critères de rattachement généralement retenus sont, en matière de compétence juridictionnelle, le domicile ou la résidence habituelle de l'une des parties, et, en matière de loi applicable, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ou encore le lieu où est situé l'immeuble.

²⁵ Ainsi, l'article 9, § 1^{er}, de la Convention de Rome précise qu'un contrat conclu entre personnes situées dans un même pays est valable quant à la forme s'il satisfait aux *conditions de forme de la loi (...) du pays dans lequel il a été conclu*. Voy. également l'article 96, 1^o, a) de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé (*M.B.*, 27 juillet 2004).

²⁶ Cf., p. ex., C. DEMOLOMBE, *Cours de Code civil*, t. XII, Bruxelles, Stienon, 1868, p. 27, n^o 75, 2^o ; A. DURANTON, *Le droit civil français*, 3^e éd., t. IX, Bruxelles, Tarlier, 1833, pp. 19-21, n^o 45 ; C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. IV, 5^e éd., Paris, Editions techniques, 1902, § 343, p. 429.

²⁷ Cf., p. ex., TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. VI, 5^e éd., Paris, Wahlen, 1830, p. 32, n^o 29 ; TROP LONG, *Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code – De la vente*, Bruxelles, Wahlen, 1844, p. 25, n^o 22 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XV, Bruxelles, Bruylant, 1875, p. 551, n^o 479.

²⁸ Cela étant, il n'a pas manqué d'auteurs pour envisager les choses en fonction de considérations plus pratiques. Cf., p. ex., MERLIN, *Répertoire*, Bruxelles, Tarlier, 1828, t. 36, v^o vente, § 1^{er}, art. III, n^o XIbis, pp. 52-53 ; J.-B. DUVERGIER, *Le droit civil français*, t. I, Paris, Renouard, 1835, p. 57, n^o 61 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, I. Sources des obligations, t. II, Paris, Rousseau, 1923, spéc. p. 220, n^o 577.

- ❖ Ainsi, l'article 1985, alinéa 2, du Code civil prévoit que le mandat est parfait dès l'acceptation, même tacite, donnée par le mandataire. Cette disposition traduirait la faveur accordée par les rédacteurs du Code civil à la théorie de l'émission. Mais on peut faire valoir qu'en apportant cette précision, le législateur s'est estimé en devoir de déroger à la règle générale contraire. On peut objecter surtout que cette disposition a une raison d'être particulière au mandat : le mandant a un intérêt majeur à ce que le mandataire exécute le plus tôt possible le mandat; on peut dès lors présumer qu'il a entendu subordonner la formation du contrat à la seule acceptation du mandataire, fût-elle tacite, avant même que celle-ci soit portée à sa connaissance. Ainsi encore, l'article 932 du Code civil est parfois invoqué en faveur du système de la connaissance (théories de la réception ou de l'information). Mais l'argument est pareillement réversible étant donné la nature si particulière de la donation, contrat formaliste par excellence. Comme l'on voit, ces textes sont de peu de secours tant il est aisé de soutenir qu'il s'agit de règles spéciales dont on ne saurait tirer aucun enseignement général.

B. Aperçu des théories en présence

Suivant la position théorique adoptée, ces théories peuvent se regrouper en deux grands systèmes : d'une part, le système de l'émission, d'autre part, le système de la connaissance²⁹.

Pour les partisans du premier système, la *coexistence des volontés* suffit pour que le contrat se forme, peu importe que l'offrant ait effectivement connaissance de l'acceptation.

Ainsi, selon la *théorie de la déclaration*, le contrat est formé dès le moment où le destinataire de l'offre a exprimé sa volonté d'accepter. Pratiquement, il suffit qu'il ait signé la lettre ou rédigé le télégramme (ou l'e-mail...) d'acceptation. Pareil critère se heurte à une objection majeure : il est absurde de considérer que les parties sont liées tant que l'acceptant conserve entre ses mains la lettre et qu'il a tout le loisir de la détruire. Une volonté qui peut être aussi aisément reprise n'est pas vraiment extériorisée. D'où l'existence d'une variante qui identifie la conclusion du contrat au moment où l'acceptant s'est dessaisi de sa déclaration de volonté; pratiquement, à l'instant où il a *expédié* la lettre ou le télégramme (remise à la Poste), ou encore le courrier électronique. C'est la *théorie de l'expédition*.

Pour les partisans du second système, le *concours conscient des volontés* est nécessaire pour que le contrat se forme.

Selon la *théorie de l'information*, le contrat est formé seulement si l'offrant a pris *effectivement* connaissance de l'acceptation. Cette solution est logique en soi, mais difficilement admissible (car la naissance du contrat est abandonnée à l'entière discrétion de l'auteur de l'offre) et impraticable en raison de l'insoluble problème de preuve qu'elle soulève. Selon une autre opinion, le contrat se forme aussitôt que l'acceptation est reçue par

²⁹ Il est à noter que la terminologie fluctue d'un auteur à l'autre, mais là n'est pas l'essentiel. Pour un exposé plus circonstancié des différentes théories, voy. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, pp. 346 et s.; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2003, pp. 51-52, n° 68; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations – 1. L'acte juridique*, 10^e éd., Paris, Armand Colin, 2002, pp. 107 et s., n° 157 et s.; Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Obligations – 2. Contrats et quasi-contrats*, 11^e éd., Paris, Cujas, 2001-2002, pp. 80 et s., n° 92 et s.; J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre faite par correspondance », note sous Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, pp. 303 et s.

l'offrant ; en effet, il est censé prendre connaissance de cette acceptation dès le moment de sa réception. C'est la *théorie de la réception*.

C. Etat de la question en droit belge

1. LE CRITÈRE DE LA RÉCEPTION

Comme l'on sait, depuis un arrêt du 16 juin 1960, la Cour de cassation accorde sa préférence à la *théorie de la réception*, en affirmant qu'un contrat requiert, pour sa formation, « non pas seulement la simple coexistence de volontés qui ignorent leur *consensus*, mais bien leur véritable concours à un moment donné, c'est-à-dire la conscience de leur commun accord sur l'objet du contrat » et que « cette condition n'est remplie, dans le cas envisagé, que lorsque le pollicitant a eu ou, en tout cas, a pu avoir connaissance de l'acceptation explicite ou tacite de son offre »³⁰.

2. APPRECIATION CRITIQUE

La formulation de la Cour de cassation apparaît contradictoire : celle-ci requiert, pour la formation du contrat, le concours conscient des volontés, tout en admettant qu'il suffit que l'offrant *ait pu* avoir connaissance de l'acceptation. La haute juridiction n'a pas échappé au piège dénoncé plus haut, consistant à privilégier une approche dogmatique de la question, sans aller au bout de la logique qui la sous-tend. « Comment les parties pourraient-elles avoir 'conscience de leur commun accord' si le pollicitant, tout en ayant la possibilité de connaître l'acceptation, l'ignorait en fait ? »³¹. Force est d'admettre que le concours des volontés n'est pas une condition nécessaire à la formation du contrat. La volonté de l'offrant a pu changer avant qu'il prenne effectivement connaissance de l'acceptation. Mais si, au moment où il se ravise, celle-ci lui est déjà parvenue, il est lié. Qui ne voit que le correctif apporté à l'exigence théorique posée est inspiré par de simples considérations pratiques ?

Dans ses arrêts ultérieurs³², la Cour de cassation adopte une position moins dogmatique et n'insiste plus sur la nécessité d'un véritable concours de volontés³³.

En réalité, il est tout simplement impossible de vérifier la *simultanéité* de deux volontés conformes lorsqu'elles s'expriment à distance. Dès lors, au lieu de se perdre dans des discussions purement abstraites et vouées à l'aporie, pourquoi ne pas admettre ouvertement qu'il convient de privilégier des solutions pragmatiques permettant un juste équilibre entre les intérêts en présence ?³⁴

³⁰ Cass. (1^{re} ch.), 16 juin 1960, *R.W.*, 1990-1991, 750 ; *R.C.J.B.*, 1962, p. 303, note J. HEENEN.

³¹ J. HEENEN, « L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance », note sous Cass., 16 juin 1960, *R.C.J.B.*, 1962, p. 306, n° 10.

³² Cass., 19 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1182 ; Cass. 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1086, *J.T.*, 1990, p. 724, *R.W.*, 1990-1991, 149 et les conclusions de M. l'avocat général G. D'HOORE ; Cass., 20 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087.

³³ En ce sens, T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques situations spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 9/2004, p. 56, n° 40.

³⁴ La doctrine plus récente est en ce sens : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations – I. L'acte juridique*, 10^e éd., Paris, Armand Colin, 2002, spéc. p. 111 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 275, n° 250, et les réf.

3. UNE REGLE SUPPLETIVE

La faveur accordée à la théorie de la réception se comprend: elle répond le mieux aux besoins de la pratique et – ceci explique cela – elle rejoint la position adoptée par divers instruments de portée internationale³⁵; elle est, du reste, largement appliquée par les juridictions de fond³⁶.

Précisons que la théorie de la réception représente une règle supplétive. Rien n'empêche les parties de convenir, expressément ou tacitement, de toute autre solution. Il y a donc lieu d'abord de procéder à une interprétation des volontés, ensuite, seulement si cette recherche se révèle vaine, de se ranger au critère de la réception. Ainsi, de nombreuses conditions générales déclarent que la commande n'est définitive qu'après sa confirmation par le vendeur.

En pratique, il est également dérogé (implicitement) à la théorie de la réception lorsque l'offre prend la forme d'une commande. En pareil cas, l'acceptation ayant souvent lieu tacitement, il n'est pas possible de prendre en considération le moment et le lieu où l'auteur de la commande reçoit l'acceptation; ainsi en est-il lorsque le destinataire de l'offre passe immédiatement à l'exécution du contrat, ce qui suppose une acceptation tacite³⁷. Dans ces circonstances, la jurisprudence déduit du comportement des parties la formation du contrat, sans se préoccuper outre mesure de déterminer le moment exact de celle-ci³⁸.

4. REFLEXIONS SUR LE LIEU DE FORMATION DU CONTRAT

La majorité de la doctrine considère qu'il y a lieu de résoudre simultanément et de façon identique les deux questions du moment et du lieu de formation du contrat³⁹. Telle semble être également la position de la jurisprudence, Cour de cassation en tête, puisqu'elle décide que le contrat se forme « au moment *et à l'endroit* où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation »⁴⁰. Il est apparemment logique que le lieu du contrat soit arrêté en fonction du parti pris sur la question de la date: il est celui où s'opère la rencontre des volontés, soit l'événement décisif qui produit le contrat.

Pourtant, cette thèse moniste, soit le souci de faire coïncider le lieu et la date du contrat, ne répond à aucune nécessité logique⁴¹. En voici la raison: la localisation dans l'espace de la formation du contrat à distance est tout simplement inconcevable. Elle est rigoureusement incompatible avec la notion de contrat consensuel. Dans la mesure où le contrat résulte d'un

³⁵ Article 23 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (approuvée par la loi du 4 sept. 1986, M.B., 1^{er} juillet 1997), article 2.6 des Principes d'Unidroit et article 2:205 des Principes du droit européen du contrat.

³⁶ Cf. R. KRUTHOF, H. BOCKEN, F. DE LY, B. DE TEMMERMAN, « Overzicht van rechtspraak (1981-1992) – Verbintenissenrecht », *T.P.R.*, 1994, p. 315, n° 100, et les références à des décisions des juridictions de fond.

³⁷ P. VAN OMMESELAGHE, « Examen de jurisprudence. Les obligations (1968-1972) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 490, n° 40. En jurisprudence, voy., p. ex., Comm. Anvers, 8 mars 1968, *R.W.*, 1969-1970, col. 1749.

³⁸ Pour d'autres commentaires, T. STAROSSELETS, *op. cit.*, p. 60, n° 44.

³⁹ A ce sujet, J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit.*, pp. 343 et s., n° 379 et s.; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations – I. L'acte juridique*, *op. cit.*, pp. 111 et s., n° 164 et s.

⁴⁰ Cass., 16 juin 1960, précité (souligné par nous); Cass., 25 mai 1990, précité. En ce qui concerne les décisions des juges du fond, voy. Mons (12^e ch.), 16 juin 2003, R.G. 2002/RG/142, inédit (contrat conclu par échange de fax); Comm. Huy, 10 janv. et 8 mai 1996, J.L.M.B., 1996, p. 1047; Civ. Liège (réf.), 19 mai 1995, précité; Mons (1^{er} ch.), 4 mai 1987, *J.T.*, 1988, p. 270; Comm. Liège, 7 déc. 1979, *Jur. Liège*, 1980, p. 95 (contrat conclu par téléphone: jugé formé à l'endroit où se trouve l'offrant); Comm. Bruxelles, 31 janv. 1970, *J.C.B.*, 1970, p. 449.

⁴¹ En ce sens, voy., en particulier, J. CHEVALLIER, *Cours de droit civil*, 2^e année (1949-1950, Beyrouth), spéc. p. 54, cité et approuvé par J.-L. AUBERT, *op. cit.*, spéc. pp. 374 et s., n° 406 et s.

simple échange des consentements, sa naissance constitue un événement immatériel, qui n'occupe pas de place dans l'espace. Il est dès lors pour le moins artificiel de vouloir fixer le lieu de la rencontre des consentements en un point (matériel) de l'espace⁴². Quelle que soit la pertinence des arguments invoqués, on fera toujours violence à la réalité des choses en décidant qu'il y a un lieu du contrat lorsque les parties contractantes se trouvent en des lieux différents⁴³.

En définitive, la localisation du contrat dans l'espace présente un caractère inévitablement artificiel et la logique n'impose nullement de faire coïncider le moment et le lieu de formation du contrat. Dans ce cas, ne convient-il pas d'opter pour la solution qui rencontre le plus adéquatement les intérêts de la pratique ?

La Cour de cassation belge décide que le contrat est formé au moment *et au lieu* où l'offrant a pu prendre connaissance de l'acceptation. Est-ce le critère le plus pertinent ?

A notre avis, la solution doit être guidée par le principe de prévisibilité contractuelle. Dans cette optique, le contrat serait formé à l'endroit où l'acceptant pouvait légitimement s'attendre qu'il le soit, compte tenu des circonstances. La solution retenue par la Cour de cassation ne devrait pas poser problème, normalement, en ce qui concerne les contrats conclus par échange de lettres missives. Par contre, la solution est plus discutable pour les contrats conclus par téléphone⁴⁴ ou par voie électronique. En effet, dans ces hypothèses, le lieu de réception peut être tout à fait accidentel et ne pas correspondre aux prévisions de l'acceptant. Sur cette difficulté vient se greffer le problème de la preuve : alors qu'il est généralement aisé de déterminer l'endroit où un contrat par correspondance est né, il n'en est pas de même en cas de contrat conclu par téléphone, le contrat pouvant être le résultat de propositions et contre-propositions dont il ne reste aucune trace⁴⁵. Le cas échéant, on aura égard, non au lieu où l'acceptation est reçue, mais plutôt au siège de la principale activité de l'auteur de l'offre⁴⁶.

Ce critère paraît plus judicieux, singulièrement en matière de contrats conclus par voie électronique. En effet, si l'on retient le critère prôné par la Cour de cassation, le lieu du contrat devrait être l'endroit à partir duquel l'offrant consulte sa boîte aux lettres électronique. Pratiquement, il peut s'agir de n'importe quel point du globe; il n'est donc pas exclu que les prévisions de l'acceptant s'en trouvent déjouées. Or, il est fait obligation à tous les prestataires en ligne de fournir un certain nombre d'informations au sujet de leur activité professionnelle, parmi lesquelles l'adresse géographique d'établissement⁴⁷. A cet égard, la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information reprend intégralement la définition du « prestataire établi »⁴⁸ de la directive sur le commerce

⁴² Il est vrai qu'une observation analogue peut être faite lorsqu'il s'agit de déterminer le *moment* précis où se réalise la rencontre des volontés, qui fait le contrat, alors que ces volontés ne s'expriment pas au même moment.

⁴³ En ce qui concerne les contrats conclus entre parties présentes, la localisation au lieu de l'échange des consentements n'est pareillement concevable, en toute rigueur, qu'au prix d'une (légère) fiction puisqu'à proprement parler, l'échange n'occupe guère de place dans l'espace. Cependant, la fiction s'impose ici avec force, sans artifice aucun : il est, en effet, tout naturel de considérer que le lieu du contrat est l'endroit précis (tel bureau au siège de telle entreprise) où les contractants ont échangé leur consentement.

⁴⁴ Sans parler de l'utilisation du téléphone portable... et de l'essor promis du commerce mobile.

⁴⁵ Voy., p. ex., Comm. Bruxelles, 1^{er} mars 1960, *J.C.B.*, 1960-1961, p. 135.

⁴⁶ Rapp. J.-L. AUBERT, *op. cit.*, p. 388, n° 417.

⁴⁷ Article 7 de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (LSSI). Cf. aussi, plus généralement, l'art. 78, al. 1^{er}, 1^o, de la LPCC, qui impose la mention de l'adresse géographique du vendeur pour toute offre en vente à distance.

⁴⁸ Article 2, 4^o de la loi.

électronique, qui s'inspire elle-même directement de la jurisprudence de la Cour de justice⁴⁹. En clair, « le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique »⁵⁰. On se demande, en définitive, s'il n'est pas plus adéquat de localiser le contrat au *lieu d'établissement du prestataire*.

⁴⁹ Voy., not., C.J.C.E., 25 juillet 1991, *The Queen c. Secretary of State for Transport et alii*, C-221/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-3905.

⁵⁰ Voy. le considérant n° 19 de la directive sur le commerce électronique.

§ 3. Régime juridique des contrats de consommation conclus à distance

I. INTRODUCTION

A. Le champ d'application des dispositions de la LPCC sur les contrats à distance

Les dispositions de la LPCC relatives aux contrats à distance s'appliquent à « tout contrat concernant des produits ou services conclu entre un vendeur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le vendeur, qui, pour ce contrat, utilise une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même »⁵¹. Quant à la notion de *technique de communication à distance*, elle désigne « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du vendeur et du consommateur, peut être utilisée pour la conclusion du contrat entre ces parties »⁵².

En d'autres termes, ces dispositions visent uniquement la relation entre un *vendeur* et un *consommateur* au sens de la LPCC⁵³, tout en s'appliquant à tous les contrats conclus à l'aide d'une technique quelconque de communication à distance : on songe non seulement aux traditionnelles ventes par correspondance, mais aussi aux ventes nouées sur le Web ou par échange d'e-mails.

On ajoutera que, suite à la récente réforme de la section « Contrats à distance », la loi définit désormais le *service financier* comme « tout service ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance, aux retraites individuelles, aux investissements et aux paiements »⁵⁴ et le *fournisseur* comme « tout vendeur qui est le fournisseur contractuel des services faisant l'objet de contrats à distance »⁵⁵.

Ces définitions méritent quelques commentaires. La notion de service financier, qui était reprise de la directive sur les contrats à distance, a été sensiblement élargie dans le texte de la directive sur les services financiers à distance. Sont désormais visés tous les services financiers relatifs à la banque, au crédit, à l'assurance... A cet égard, on remarquera qu'il n'est fait aucune distinction entre les contrats qui ont pour objet la vente de « produits financiers » (par exemple, la vente d'actions, de parts d'un organisme de placement) et les contrats qui ont pour objet une prestation de service financier (par exemple, l'ouverture d'un compte bancaire)⁵⁶. La nouvelle définition de « fournisseur », issue de la directive services financiers, diffère également de celle figurant à l'article 2, 3), de la directive contrats à distance. A travers les mots ajoutés, le législateur européen voulait surtout que la responsabilité, vis-à-vis du consommateur, du respect des obligations découlant de la directive pèse sur le fournisseur de service désigné dans le contrat. Plusieurs intermédiaires peuvent intervenir dans la négociation ou la conclusion du contrat, et être tenus de respecter certaines obligations pertinentes en fonction de la nature et du degré de leur participation ; néanmoins, un interlocuteur unique est désigné – le fournisseur – afin d'éviter que les divers intervenants

⁵¹ LPCC, art. 77, § 1^{er}, 1^o.

⁵² LPCC, art. 77, § 1^{er}, 2^o.

⁵³ LPCC, art. 1^{er}, 6 et 7.

⁵⁴ LPCC, art. 77, § 1^{er}, 4^o.

⁵⁵ LPCC, art. 77, § 1^{er}, 6^o.

⁵⁶ Projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004, n° 1776/001, p. 16.

se rejettent l'un l'autre la responsabilité à l'égard du consommateur⁵⁷. Cela n'empêche évidemment pas l'exercice d'un droit de recours du fournisseur à l'encontre de son intermédiaire, en cas de faute commise par lui. Ajoutons enfin que le terme « vendeur », tel qu'utilisé dans la sous-section 3, désigne toute personne physique ou morale qui offre en vente des produits ou services financiers dans le cadre d'une activité professionnelle. Il vise aussi bien l'intermédiaire (tout qui fait une offre au consommateur) que le véritable prestataire du service financier, alors que le terme « fournisseur » est réservé à ce dernier⁵⁸.

Encore une précision. L'article 83*bis* vise à lever tout malentendu concernant l'application de la sous-section 3 aux contrats qui consistent en des prestations successives ou en une série de prestations de services financiers distincts de même nature. Les travaux préparatoires de la loi du 24 août 2004 citent l'exemple de contrats de gestion d'un compte en banque, de mise à disposition et d'utilisation d'un instrument de paiement électronique, de gestion de portefeuille. Ces contrats comportent une diversité de prestations (dépôt ou retrait d'argent, exécution de transactions avec la carte de crédit...) qui ont lieu en exécution de conventions cadre. Dans ces cas, les dispositions de la sous-section 3 s'appliquent seulement à la première convention, sauf si une convention complémentaire vient ajouter de nouveaux éléments⁵⁹.

Pour éviter d'inutiles lourdeurs, l'exposé fera principalement référence aux dispositions générales sur les contrats à distance (figurant dans la sous-section 2), tout en veillant à indiquer les traits saillants du régime propre aux contrats à distance portant sur des services financiers (sous-section 3, articles 83*bis* à 83*octies*). Le but de ces pages n'est pas de commenter par le menu et encore moins de paraphraser toutes et chacune des dispositions extrêmement techniques du régime des contrats à distance, mais de donner un aperçu du dispositif mis en place. Le lecteur ne saurait naturellement se dispenser de consulter les textes pour compléter et nuancer son information.

B. Les questions traitées

La conclusion de contrats entre parties géographiquement éloignées prive le consommateur non seulement d'un rapport direct avec le « vendeur » mais aussi, le cas échéant, d'un contact tangible avec le produit. D'où le risque de malentendus ou de déconvenues, voire d'escroqueries.

Pour pallier ces inconvénients inhérents à la distance séparant les cocontractants, le législateur a jugé utile de voler au secours du *consommateur*, en prévoyant, notamment, une obligation renforcée d'information à charge du « vendeur » (II), en instituant à son profit un droit de renonciation au contrat (III), en interdisant au « vendeur » d'exiger un acompte ou paiement quelconque avant la fin du délai de renonciation (IV), en fixant certains principes concernant l'exécution du contrat (V) et la charge de la preuve (VI).

⁵⁷ Cf. LPCC, art. 83*octies*, § 1^{er}.

⁵⁸ Dans la sous-section 3 de la loi, le terme « vendeur » est utilisé chaque fois qu'il s'agit d'une obligation qui incombe tant à l'intermédiaire qu'au prestataire du service financier et le terme « fournisseur » quand il s'agit de viser uniquement le véritable prestataire du service financier. Cf. Projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004, n° 1776/001, p. 18.

⁵⁹ Projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004, n° 1776/001, p. 21.

II. UNE OBLIGATION RENFORCÉE D'INFORMATION

Les cours et tribunaux veillent, de longue date, à corriger le déficit informationnel dont peut souffrir l'une des parties au cours de la phase précontractuelle, en imposant à la partie la mieux informée de fournir toutes les informations susceptibles d'exercer une influence sur le consentement de son cocontractant. Comme on sait, cette obligation d'information a été expressément consacrée par le législateur dans le cadre des contrats de consommation⁶⁰.

Encore le législateur a-t-il estimé opportun de renforcer l'obligation générale d'information dans les contrats à distance, en imposant au vendeur qu'il s'identifie précisément et fournisse une description claire des produits offerts à la vente et des modalités de paiement et d'exécution.

L'information doit être fournie au consommateur en deux temps (ci-après, points A et B). Dans les contrats (ordinaires) à distance, elle est due avant la conclusion du contrat et doit être confirmée après qu'il ait été conclu. Dans les contrats à distance portant sur des services financiers, notons-le dès à présent, tant les informations préalables que la « confirmation » de celles-ci doivent être transmises *avant la conclusion d'un contrat*.

En toute hypothèse, l'objectif est d'assurer la qualité du consentement donné par le consommateur et de lui permettre d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations en pleine connaissance de cause.

A. Les informations dues lors de l'offre en vente

Régime général des contrats à distance. – Pratiquement, lors de l'offre en vente à distance, le vendeur doit fournir au consommateur une série d'informations ayant pour but de l'identifier clairement en tant que vendeur, d'apprécier le produit ou le service dans ses caractéristiques essentielles, d'évaluer précisément le prix et les frais afférents au contrat et de prendre connaissance des modalités essentielles du contrat, telles que les moyens de paiement offerts, la possibilité de renoncer ou non au contrat, la durée de validité de l'offre ou du prix, etc.

Le législateur ajoute, si besoin était, que ces diverses informations doivent être fournies « sans équivoque, de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée »⁶¹.

Régime des contrats de service financier. – En matière de contrats à distance portant sur les services financiers, le vendeur doit également fournir au consommateur une information minimale, particulièrement détaillée. La loi prévoit qu'« en temps utile, avant que le consommateur ne soit lié par un contrat ou par une offre », celui-ci doit être informé « sans équivoque, de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée », sur une série d'éléments relatifs :

- 1°) au fournisseur (identité, adresse, numéro d'entreprise, autorité de contrôle éventuelle, coordonnées des éventuels intermédiaires et représentants...),
- 2°) au service financier (caractéristiques principales, prix total dû par le consommateur, modes de paiement et d'exécution, risques particuliers à certains services financiers...),

⁶⁰ LPCC, art. 30.

⁶¹ LPCC, art. 78, al. 1^{er}.

3°) au contrat à distance lui-même (existence ou absence d'un droit de renonciation, éventuelle durée minimale du contrat, droits et modalités de résiliation unilatérale, clause éventuelle relative au droit applicable et/ou à la juridiction compétente...) et

4°) aux voies de recours (existence ou non de procédures de règlement de litiges extrajudiciaires de réclamation et de recours, éventuels fonds de garantie)⁶².

Communications téléphoniques. – Il est encore précisé qu'en cas de communications téléphoniques, le vendeur doit, en outre, indiquer explicitement, dès le début de la conversation avec le consommateur, son identité et le but commercial de l'appel⁶³. Ces deux exigences sont également de mise en cas de communication par téléphone relative à une offre pour un service financier, mais, pour le reste, la loi ajuste aux circonstances les éléments d'information à fournir⁶⁴.

B. La confirmation des informations préalables

1. PRINCIPE

Régime général des contrats à distance. – Dans le même souci de protéger le consentement du consommateur dans les contrats « ordinaires » à distance, le législateur impose de surcroît une obligation d'information *postérieure à la conclusion du contrat*⁶⁵. Plus précisément, le consommateur doit recevoir les éléments d'information détaillés ci-après, pour les produits, au plus tard lors de la livraison, et, pour les services, avant l'exécution du contrat et le cas échéant, pendant l'exécution du contrat de service, si l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de renonciation⁶⁶.

Cette obligation post-contractuelle d'information vise, d'une part, à répéter les informations reçues lors de l'offre en vente, d'autre part, à fournir au consommateur des indications utiles en cas de problème, à savoir : l'existence ou l'absence d'un droit de renonciation au contrat et, le cas échéant, les conditions et modalités d'exercice de ce droit, les procédures de réclamation, les garanties commerciales, le service après-vente ou encore les éventuelles conditions de résiliation du contrat. On relève au passage que le législateur se montre parfois tatillon, allant jusqu'à préciser, ici et là, le contenu précis de certaines clauses, leur place, ou encore la forme de leurs caractères : concrètement, le consommateur doit recevoir une clause type expresse lui confirmant qu'il jouit d'un droit de renonciation⁶⁷ ou, en cas d'absence de droit de renonciation, une clause type attirant son attention sur ce point⁶⁸.

⁶² LPCC, art. 83^{ter}.

⁶³ LPCC, art. 78, al. 2.

⁶⁴ LPCC, art. 83^{quater}.

⁶⁵ LPCC, art. 79.

⁶⁶ LPCC, art. 79, § 2. On notera que les exigences des §§ 1^{er} et 2 ne s'appliquent pas aux services dont l'exécution elle-même est réalisée au moyen d'une technique de communication à distance, lorsque ces services sont fournis en une seule fois et que leur facturation est effectuée directement par l'opérateur de la technique de communication. Néanmoins, le consommateur doit être informé de l'adresse géographique de l'établissement du vendeur où il peut présenter ses réclamations (art. 79, § 3).

⁶⁷ Selon les termes de la loi, cette clause doit être « rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page », et libellée comme suit : « *Le consommateur a le droit de notifier au vendeur qu'il renonce à l'achat, sans pénalités et sans indication de motif, dans les ... jours ouvrables à dater du lendemain du jour de la livraison du produit ou de la conclusion du contrat de service* ». Le nombre de jours ouvrables, qui doit être indiqué, ne peut être inférieur à sept. (cf. art. 79, § 1^{er}, 2°, dernier alinéa).

⁶⁸ Selon la loi, cette clause doit être « rédigée en caractères gras dans un cadre distinct du texte, en première page », et libellée comme suit : « *Le consommateur ne dispose pas du droit de renoncer à l'achat* ».

Le non-respect de l'obligation de confirmation peut être sanctionné, selon les cas, par un allongement du délai de renonciation au profit du consommateur⁶⁹, par l'octroi exceptionnel d'un droit de renonciation alors que le consommateur ne pouvait en bénéficier⁷⁰, par l'assimilation du contrat à une vente forcée (avec pour conséquence que le consommateur peut conserver le bien sans en payer le prix)⁷¹, voire par une peine d'amende⁷².

Régime des contrats de service financier. – Dans les contrats à distance portant sur des services financiers, l'accent est nettement mis sur l'obligation précontractuelle d'information. Les informations minimales de l'article 83ter, § 1^{er}, ainsi que toutes les conditions contractuelles doivent ensuite être communiquées au consommateur *bien avant qu'il soit lié par un contrat ou une offre*, sur « support durable » mis à sa disposition et auquel il a accès⁷³. En d'autres termes, la sous-section sur les services financiers à distance va plus loin que la section 2 sur les contrats ordinaires à distance où une telle notification intervient seulement à titre de confirmation de la conclusion du contrat. A titre de sanction civile en cas de non-respect des obligations d'information les plus essentielles, un droit de résiliation est prévu pour le consommateur⁷⁴.

2. LA NOTION DE SUPPORT DURABLE

En ce qui concerne le mode de communication utilisé, l'article 79 de la LPCC prévoit que le consommateur doit recevoir la confirmation des informations « par écrit ou sur tout autre *support durable* »⁷⁵, de telle sorte que le consommateur puisse s'y reporter ultérieurement. Créée de toutes pièces par le législateur européen, pour les besoins du commerce électronique, cette notion originale a fait sa première apparition dans la directive sur les contrats à distance (à l'article 5). Depuis, le législateur européen n'a cessé d'y recourir, dans nombre de directives.

L'expression « par écrit *ou sur un autre support durable* » est malheureuse à un double titre. *Primo*, elle sous-entend, à tort, que l'écrit est un support parmi d'autres. A l'évidence, l'*écrit* est ici confondu avec l'*écrit sur papier*. *Secundo*, elle paraît maladroite, en ce qu'elle semble laisser le choix entre un écrit *ou* un support. Or, en tout état de cause, quel que soit le support, on n'échappe pas à l'écriture. En réalité, le législateur impose une double exigence : d'une

⁶⁹ LPCC, art. 80, § 2. Le délai de renonciation est porté à trois mois. Cette lourde sanction est de nature à dissuader les fournisseurs de faire parvenir tardivement au consommateur les informations visées à l'article 79, § 1^{er}. Si entre-temps ces informations sont fournies, le délai – de principe – de sept jours ouvrables reprend ses droits et commence à courir dès le *lendemain* du jour où les informations visées à l'article 79, § 1^{er}, sont fournies (art. 80, § 2, al. 2). Inspiré par un motif louable (incitation à confirmer au plus vite les informations), ce système n'en a pas moins été critiqué, à juste titre, notamment en raison de l'absence d'obligation d'informer le consommateur sur le délai de trois mois et le retour éventuel au délai de sept jours (A. SALAÜN, « Transposition de la directive 'contrats à distance' en droit belge : commentaire de l'article 20 de la loi du 25 mai 1999 », *J.T.*, 2000, p. 41).

⁷⁰ LPCC, art. 80, § 4, *in fine*. Au cas où le vendeur omet de signaler l'absence d'un droit de renonciation, la sanction est l'attribution au consommateur d'un droit de renonciation de trois mois.

⁷¹ LPCC, art. 79, § 1^{er}, 2^o, *in fine*. En cas d'omission de la clause visée à l'article 79, § 1^{er}, 2^o, al. 1, le produit (ou le service) est réputé fourni au consommateur sans demande préalable de sa part et ce dernier n'est pas tenu de payer le produit (ou le service) ni de le restituer.

⁷² LPCC, art. 102, 6bis.

⁷³ LPCC, art. 83quinquies. Sur la notion de « support durable », voy. ci-après, point 2.

⁷⁴ LPCC, art. 83octies, § 2.

⁷⁵ Pour une analyse critique de la notion, M. DEMOULIN, « La notion de 'support durable' dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *Rev. eur. dr. cons.*, 2000/4, pp. 361 et s.

part, il faut un écrit, d'autre part, ces informations doivent être fournies au consommateur sur un *support durable*, à sa disposition et auquel il a accès.

Le législateur s'est exprimé de façon plus heureuse au moment d'écrire la sous-section relative aux contrats à distance portant sur des services financiers, concrètement l'article 83quinquies, § 1^{er}, dont il résulte que « le vendeur communique au consommateur toutes les conditions contractuelles ainsi que les informations visées à l'article 83ter, § 1^{er}, *sur un support papier ou sur un autre support durable*, mis à la disposition du consommateur et auquel celui-ci a accès, en temps utile avant d'être lié par un contrat à distance ou par une offre ». Curieusement, le législateur du 24 août 2005 n'a cependant pas saisi l'occasion pour retoucher l'article 79.

Jusqu'il y a peu, la notion de support durable n'était pas définie en droit belge. La loi du 24 août 2005 a remédié à cette lacune, en complétant l'article 77, § 1^{er}. Le support durable y est défini comme « *tout instrument permettant au consommateur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter aisément à l'avenir pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées* ».

Cette définition reprend littéralement celle qui figure à l'article 2, f, de la directive sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs⁷⁶. Le considérant n° 20 de la directive précise que « *Les 'supports durables' incluent notamment les disquettes informatiques, les CD-ROM, les DVD et le disque dur de l'ordinateur du consommateur sur lequel le courrier électronique est stocké, mais ils ne comprennent pas les sites Internet, sauf ceux qui satisfont aux critères spécifiés dans la définition des supports durables* »⁷⁷. A notre avis, une telle précision signifie qu'on peut considérer comme fournie sur un support durable l'information figurant dans des fichiers téléchargeables sur le disque dur de l'utilisateur à partir de sites web, mais pas celles figurant sur la page web en langage html.

Par ailleurs, deux conditions sont inscrites dans la loi : le support durable doit être *à la disposition* du consommateur, et ce dernier doit *y avoir accès*. Ajoutons que la formulation de la directive sur les contrats à distance, qui précise que le consommateur doit « recevoir » les informations, a conduit le législateur belge à exclure toute démarche positive du consommateur dans le processus de confirmation des informations⁷⁸. Cette interprétation restrictive est discutable car elle formule une condition de passivité non explicitement visée. Enfin, au regard de ce qui a été exposé précédemment, on peut estimer qu'un courrier électronique, une fois imprimé sur papier, présente des garanties de durabilité suffisantes et parfaitement adaptées aux exigences et aux particularités du commerce électronique.

III. LE DROIT DE RENONCIATION AU CONTRAT

A. Principes

⁷⁶ Directive 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *J.O.C.E.*, n° L 271 du 9 octobre 2002, p. 16.

⁷⁷ Voy. aussi l'art. 2, 12, de la directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.C.E.*, n° L 9 du 15 janvier 2003, p. 3.

⁷⁸ Voyez le projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 2050/1, p. 28.

Régime général des contrats à distance. – Comme on l’a vu plus haut, parmi les informations à fournir au consommateur, préalablement à la conclusion de tout contrat à distance, figure l’existence d’un *droit de renonciation*⁷⁹.

Selon l’article 80, § 1^{er}, le consommateur dispose, en effet, d’un **délai d’au moins sept jours** ouvrables pour renoncer au contrat ; il exerce ce droit sans pénalités et sans indication de motif, les seuls frais pouvant lui être imputés sont les frais directs de renvoi des marchandises.

Le délai de sept jours court, pour les produits, à compter du lendemain du jour de leur livraison au consommateur⁸⁰. Pour les produits faisant l’objet de livraisons successives, les délais de renonciation commencent à courir le lendemain du jour de la première livraison⁸¹. Pour les services, le point de départ du délai est différent : il s’agit, en principe, du lendemain du jour de la conclusion du contrat⁸².

En cas d’exercice du droit de renonciation, le vendeur est tenu de rembourser au consommateur, sans frais et au plus tard dans les trente jours suivant la renonciation, les sommes versées par lui⁸³.

Régime des contrats de service financier. – Pour renoncer au contrat à distance portant sur un service financier, le consommateur dispose d’un **délai de 14 jours** calendrier⁸⁴. Ce droit s’exerce pareillement sans pénalités, ni indication de motif. Le délai court en principe à compter du jour de la conclusion du contrat à distance. Si le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations conformément à l’article 83*quinquies*, § 1^{er} ou § 2, après la conclusion du contrat, le délai court à partir du jour où la confirmation des informations a été reçue⁸⁵.

L’article 83*septies* règle le sort des paiements pour les services fournis avant la renonciation. Contrairement à ce qui existe dans le régime général des contrats à distance, des frais peuvent être réclamés pour les services financiers effectivement fournis avant l’exercice du droit de renonciation. Rappelons que l’exécution du contrat ne peut avoir lieu avant l’expiration du délai de renonciation sans l’accord exprès et préalable du consommateur. Le fournisseur ne peut cependant exiger aucun paiement pour les services fournis s’il ne parvient pas à prouver qu’il a préalablement informé le consommateur sur le montant dû⁸⁶.

Le montant à payer doit être proportionnel à l’importance des services déjà fournis ; il ne peut être aussi élevé qu’une pénalité au point de constituer une entrave de fait à l’exercice du droit de renonciation.

⁷⁹ Pour un examen détaillé de ce droit, voy. la synthèse de L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion, droit de repentir », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l’harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 554 et s., et les références citées. En ce qui concerne le droit de renonciation dans les contrats conclus par voie électronique, voy. l’exposé fouillé de C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, Éd. du Jeune Barreau, 2001, pp. 192-221.

⁸⁰ LPCC, art. 80, § 1^{er}, al. 3, premier tiret.

⁸¹ LPCC, art. 80, § 2, al. 3.

⁸² LPCC, art. 80, § 1^{er}, al. 3, second tiret.

⁸³ LPCC, art. 80, § 3, al. 2.

⁸⁴ LPCC, art. 83*sexies*, § 1^{er}.

⁸⁵ En réalité, comme l’a relevé le Conseil d’Etat, cette éventualité ne peut se produire qu’en application de l’article 83*quinquies*, § 2.

⁸⁶ Cf. LPCC, art. 83*ter*, § 1^{er}, 3^o, a) et art. 83*septies*, § 2.

En cas d'exercice du droit de renonciation, le fournisseur est tenu de rembourser au consommateur, dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours de la notification de la renonciation, toutes les sommes versées par ce dernier, sauf l'indemnité pour des services déjà fournis⁸⁷. A l'inverse, le consommateur a l'obligation de restituer, au plus tard dans les trente jours de la notification de la renonciation, toute somme et/ou tout bien déjà reçu(s) du fournisseur⁸⁸.

B. Exceptions

L'exercice du droit de renonciation pose problème dans certains cas, notamment lorsqu'une restitution s'avère impossible ou difficile⁸⁹. C'est pourquoi le législateur a prévu des exceptions.

Sauf si les parties en ont convenu autrement, le droit de renonciation ne s'applique pas aux contrats (ordinaires) suivants⁹⁰ : les contrats de fourniture de services dont l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours ouvrables ; les contrats de fourniture de produits confectionnés selon les spécifications du consommateur ou nettement personnalisés ou qui, du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ; les contrats de fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatiques scellés par le consommateur⁹¹ ; les contrats de fourniture de journaux, de périodiques et de magazines ; les contrats de services de paris et de loteries⁹².

Dans les contrats de service financier, le droit de renonciation ne vaut pas⁹³ :

- 1° pour une série de services financiers dont le prix peut changer pendant le délai de renonciation suite aux fluctuations du marché financier sur lesquelles le vendeur n'a pas pris.
- Une énumération figure à titre d'exemples (art. 83*sexies*, § 2, 1°, 2° al.) ;
- 2° pour les contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de renonciation ;
- 3° pour les contrats de crédit hypothécaire soumis à la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire⁹⁴.

⁸⁷ LPCC, art. 83*septies*, § 3.

⁸⁸ LPCC, art. 83*septies*, § 4.

⁸⁹ Ainsi, dans le cadre de contrats *conclus et exécutés* via les réseaux, on songe au téléchargement d'un logiciel, à l'accès à des informations payantes, à la vidéo à la demande...

⁹⁰ LPCC, art. 80, § 4.

⁹¹ Concernant le descellement de logiciels, de films ou de musiques téléchargés, on note que l'utilisation de logiciels de protection, de clés d'accès ou autres techniques digitales, constituent des scellés aux yeux du législateur. En ce sens, voy. l'exposé des motifs de la loi du 25 mai 1999 transposant la directive sur les contrats à distance en droit belge et modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1998-1999, n° 2050/1, p. 31. Voy. aussi B. DE NAYER, « La loi du 25 mai 1999 (*M.B.*, 23 juin 1999) modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur : un cadre cohérent pour le commerce électronique en Belgique ? », *D.C.C.R.*, 1999, p. 337.

⁹² Toutes ces hypothèses sont tirées de la directive sur les contrats à distance, à l'exception d'une hypothèse non retenue par la LPCC. Il s'agit de celle relative aux contrats de fourniture de biens ou de services dont le prix est fonction des fluctuations des taux du marché financier, que le fournisseur n'est pas en état de contrôler (art. 6, § 3, deuxième tiret, de la directive sur les contrats à distance).

⁹³ LPCC, art. 83*sexies*, § 2.

⁹⁴ Cette exception est justifiée par le fait que cette dernière loi prévoit déjà une série de mesures de protection pendant la phase de négociation, préalablement à la conclusion du contrat, sans compter que les contrats de

Si le droit de renonciation peut s'avérer d'un précieux secours pour le consommateur imprudent ou abusé par une technique qu'il maîtrise insuffisamment, on constate que les exceptions sont nombreuses. Aussi l'avantage pourrait-il se retourner contre lui. Habitué à un expédient si commode, il pourrait, en effet, contracter à la légère, pariant – à tort – sur l'existence d'un droit de renonciation. Et le droit de renonciation de faciliter l'incurie... au lieu de susciter la réflexion ?

IV. L'INTERDICTION FAITE AU « VENDEUR » D'EXIGER UN PAIEMENT ANTICIPÉ

A. Principes

Pour permettre au consommateur de jouir pleinement du droit de renonciation qui lui est reconnu *dans les contrats « ordinaires » à distance*, le législateur a prévu qu'aucun acompte ou paiement ne pouvait être exigé de lui avant la fin du délai de renonciation (art. 80, § 3, de la LPCC). Cette disposition, qui n'a pas d'équivalent pour les contrats de services financiers, est libellée comme suit :

« Sans préjudice de l'application de l'article 45, § 1^{er}, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, aucun acompte ou paiement quelconque ne peut être exigé du consommateur avant la fin du délai de renonciation de sept jours ouvrables visé au § 1^{er}. »

En cas d'exercice du droit de renonciation prévu aux §§ 1^{er} et 2, le vendeur est tenu au remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Ce remboursement doit être effectué au plus tard dans les trente jours suivant la renonciation.

L'interdiction visée au premier alinéa est levée lorsque le vendeur apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur. »

Cette disposition a été adoptée dans le contexte de la transposition en droit interne de la directive sur les contrats à distance⁹⁵. La directive 97/7 n'obligeait aucunement les Etats membres à poser en règle l'interdiction d'exiger du consommateur un paiement quelconque avant l'expiration du délai de renonciation. Tirant parti du caractère minimal de la directive⁹⁶, le législateur belge a choisi de poser le principe en question dans le but de « faciliter l'usage [du droit de renonciation] »⁹⁷. De la sorte, il pensait prévenir l'hésitation du consommateur à exercer son droit par crainte de ne pas récupérer les sommes déjà versées.

En réalité, le deuxième alinéa de l'article 80, § 3, de la LPCC, prend soin de préciser : « *En cas d'exercice du droit de renonciation prévu aux §§ 1^{er} et 2, le vendeur est tenu au*

crédit hypothécaire nécessitent la passation d'un acte authentique et donc l'intervention d'un notaire tenu d'une obligation légale d'information. Pour d'autres commentaires, Projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004, n° 1776/001, p. 31.

⁹⁵ Directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, n° L 144/19 du 4 juin 1997, p. 19.

⁹⁶ Cf. art. 14.

⁹⁷ Cf., not., le Rapport fait au nom de la Commission des Finances et des Affaires économiques, par M. ISTASSE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1998-1999, doc. 1-1390/2, p. 5.

remboursement des sommes versées par le consommateur, sans frais. Ce remboursement doit être effectué au plus tard dans les trente jours suivant la renonciation ». Par conséquent, le droit de récupérer les sommes versées en cas d'exercice du droit de renonciation est déjà clairement assuré sur le plan juridique. L'intérêt de l'interdiction prévue par le législateur est essentiellement d'ordre psychologique. L'expérience enseigne, en effet, qu'un consommateur hésite à exercer son droit de renonciation s'il a dû effectuer un versement avant de recevoir le bien commandé à distance.

L'on est en présence d'un conflit d'intérêts inhérent au contrat à distance. Les vendeurs craignent, à bon droit, que des consommateurs peu scrupuleux passent commande sous une fausse identité ou avec l'intention de « disparaître » sans avoir réglé le prix du produit livré. D'où leur souci de pouvoir exiger un paiement dès le moment de la commande ou lors de la livraison. De leur côté, les consommateurs peuvent craindre, non sans raison, que des produits dûment payés ne soient jamais livrés par des soi-disant vendeurs qui se révèlent être des escrocs. Le problème – assez topique – est de savoir qui doit s'exposer en premier, en prenant le risque de se déposséder avant l'autre.

Face à ce dilemme, le législateur belge a accordé sa faveur au consommateur, en interdisant aux vendeurs d'exiger de lui le moindre paiement avant la fin du délai de renonciation. C'est un choix de politique juridique qui, comme tel, n'a été partagé par aucun de ses homologues dans l'Union européenne.

B. Appréciation critique et perspectives

En posant le principe de l'interdiction d'exiger des paiements du consommateur avant la fin du délai de renonciation, le législateur belge a-t-il été au-delà de ce que permettait la clause minimale de la directive sur les contrats à distance ? A-t-il porté atteinte aux principes de la libre circulation des marchandises et des services ? Le doute a été instillé⁹⁸.

A la réflexion, le système belge paraît défendable au regard des principes du droit européen⁹⁹.

Tout d'abord, il y a lieu de bien cerner la portée de l'article 80, § 3, alinéa 1^{er}. Cette disposition ne signifie pas que tout paiement à la commande ou à la réception des produits est interdit, mais uniquement que, parmi les modalités de paiement proposées par le vendeur, figure la possibilité pour le consommateur de payer à l'expiration du délai de renonciation¹⁰⁰. Autrement dit, si le vendeur ne peut *exiger* un paiement avant la fin du délai de renonciation, il peut néanmoins le *proposer*, pourvu qu'au moins un mode de paiement différé soit également proposé au consommateur.

Ensuite, on rappelle que le législateur a préconisé un système équilibré, en prévoyant que l'interdiction d'exiger un paiement anticipé avant l'expiration du délai de renonciation est levée « *lorsque le vendeur apporte la preuve qu'il respecte les règles fixées par le Roi en vue*

⁹⁸ Cf. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Liège, Formation permanente CUP, vol. 64, 2003, p. 132, n° 118.

⁹⁹ Notons que l'interdiction d'exiger un paiement lors de la commande ou de la livraison n'est pas de mise dans les hypothèses où le consommateur ne bénéficie pas d'un droit de renonciation (cf. l'art. 80, § 4, LPCC).

¹⁰⁰ Rapport précité, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1998-1999, doc. 1-1390/2, p. 5.

de permettre le remboursement des sommes versées par le consommateur »¹⁰¹. En clair, le vendeur pourrait se voir reconnaître le droit d'exiger un paiement (anticipé) avant livraison, pourvu qu'il recoure à l'un des systèmes définis par le Roi et permettant de garantir au consommateur, en cas d'exercice de son droit de renonciation, un remboursement facile et rapide des sommes versées.

Malheureusement, cet arrêté royal n'a jamais vu le jour. C'est d'autant plus regrettable qu'il constitue précisément l'une des pièces voulues par le législateur pour assurer un système équilibré sur le plan des risques encourus par chacune des parties.

Dans la situation actuelle, force est de constater que l'article 80, § 3, est peu respecté par les opérateurs économiques, surtout sur le *net*. Rares sont les sites de commerce électronique qui offrent au consommateur la possibilité d'effectuer le paiement à l'expiration du délai de renonciation ou, au moins, après livraison. Le plus souvent, le consommateur est invité à régler le montant de la commande par carte de crédit¹⁰² et le vendeur attend que son compte soit crédité pour expédier le produit. A telle enseigne qu'il n'est pas exagéré de parler de véritable pratique *contra legem*.

Dans le cadre de son avis n° 3, l'Observatoire des Droits de l'Internet s'est penché sur cette délicate question et a émis des recommandations pour sortir de l'impasse¹⁰³.

Diverses solutions sont effectivement envisageables, mais il reste à les concrétiser¹⁰⁴.

V. L'EXÉCUTION DE LA COMMANDE

Dans les ventes à distance, par définition, le produit commandé n'est pas livré immédiatement, sauf cas particuliers¹⁰⁵. Il doit être expédié, généralement sous paquet/pli postal, par l'intermédiaire d'un mode de transport habituel (par route, train, avion, bateau...), à une adresse indiquée par le consommateur. Plusieurs dispositions protègent ce dernier contre les aléas d'une exécution différée.

A. Délai d'exécution

Sauf si les parties en ont convenu autrement, le vendeur doit exécuter la commande au plus tard dans les trente jours à compter du lendemain de celui où elle a été transmise par le consommateur.

A défaut, sauf cas de force majeure, le contrat est résolu de plein droit, sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts complémentaires. Le vendeur ne peut réclamer au consommateur aucune indemnité ni aucun frais pour cette résolution. En outre, le

¹⁰¹ LPCC, art. 80, § 3, al. 3.

¹⁰² Il lui est demandé de communiquer le numéro et la date d'expiration de sa carte de crédit.

¹⁰³ Avis n° 3 de l'Observatoire des Droits de l'Internet, *Pistes pour renforcer la confiance dans le commerce électronique*, juin 2004, disponible sur le site de l'Observatoire (www.internet-observatory.be).

¹⁰⁴ Pour un examen des pistes de solution envisageables, voy., outre l'Avis précité de l'Observatoire des Droits de l'Internet, H. JACQUEMIN et E. MONTERO, « L'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance », in *Aspects juridiques du paiement électronique/Juridische aspecten van de elektronische betaling*, Vol. 1, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 143-169 et H. JACQUEMIN, « Comment échapper à l'interdiction d'exiger un paiement anticipé dans les contrats à distance ? », *D.A./O.R.*, 2000, liv. 64, pp. 350-364.

¹⁰⁵ Si la « vente » porte sur un produit immatériel (logiciel, video ou film à la demande...), elle peut être exécutée immédiatement, par téléchargement.

consommateur doit être remboursé dans les trente jours des montants qu'il a éventuellement déjà payés¹⁰⁶.

B. Perte ou détérioration du produit

Le paragraphe 4 de l'article 83*decies* reprend, parmi les dispositions communes à l'ensemble de la section « contrats à distance », l'ancien 81, § 2. Il dispose que « *l'envoi de produits et de titres représentatifs de services se fait toujours aux risques du vendeur et, en cas de contrats à distance portant sur des services financiers, aux risques du fournisseur* ».

En d'autres termes, si le produit s'égare ou se détériore au cours du transport, le consommateur n'a pas à en supporter les conséquences. Aucun paiement ne peut être exigé au consommateur si le bien commandé ne lui arrive jamais. S'il lui parvient en mauvais état, deux solutions s'offrent à lui : soit il décide de garder le bien, tout en demandant une réduction du prix au vendeur ; soit il le renvoie au vendeur, en demandant qu'un nouveau bien, en parfait état, lui soit livré.

Bien que ce sera plus rare pour les services financiers à distance, on remarque que le principe de l'article 81, § 2, s'y applique aussi. Les travaux parlementaires citent l'exemple de l'envoi de papiers de valeur¹⁰⁷.

VI. PRINCIPES RELATIFS A LA CHARGE DE LA PREUVE

Dans les contrats à distance, le consommateur est également protégé à travers deux importantes dispositions relatives à la charge de la preuve. Elles figurent à l'article 83*decies*, § 1^{er}, dans la sous-section portant des dispositions communes à tous les types de contrats à distance.

Le premier alinéa de l'article 83*decies*, § 1^{er}, qui correspond *grosso modo* à l'ancien article 82, § 1^{er} (abrogé par la loi du 24 août 2005), fait peser sur le vendeur – ou sur le fournisseur en cas de contrats portant sur un service financier – la charge de la preuve concernant une série d'éléments. Cette disposition est libellée comme suit : « *il incombe au vendeur de fournir la preuve qu'il a satisfait aux obligations concernant l'information du consommateur, le respect des délais, le consentement du consommateur à la conclusion du contrat et, le cas échéant, à son exécution pendant le délai de renonciation. En cas de contrats à distance portant sur des services financiers, cette preuve incombe au fournisseur* ».

Pratiquement, il revient au vendeur – ou au fournisseur – de prouver, le cas échéant :

– qu'il a satisfait à la double obligation d'information pesant sur lui, à savoir lors de l'offre en vente et lors de la confirmation ou communication des informations sur papier ou sur un autre support durable ;

– qu'il a respecté le délai prescrit pour s'acquitter de telle ou telle obligation (cf., p. ex., l'art. 80, § 2, al. 2)¹⁰⁸ ;

¹⁰⁶ LPCC, art. 81, § 1^{er}.

¹⁰⁷ Projet de loi visant à transposer certaines dispositions de la directive services financiers à distance et de la directive vie privée et communications électroniques, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004, n° 1776/001, p. 36.

¹⁰⁸ Il appartient bien sûr au consommateur de prouver qu'il a exercé son droit de renonciation à temps.

– qu’il a obtenu l’accord du consommateur pour pouvoir fournir une information plus limitée en cas de communication par téléphone concernant un service financier (cf. art. 83*quater*, al. 2) ;

– qu’il a obtenu le consentement du consommateur à l’exécution du contrat pendant le délai de renonciation (cf. articles 80, § 4, 1^o, 83*sexies*, § 2, 2^o, et 83*septies*, §§ 1^{er} et 2) ;

Le second alinéa de l’article 83*decies*, § 1^{er}, dispose que toute clause contractuelle par laquelle le vendeur déroge aux règles relatives à la charge de la preuve, telles qu’exposées ci-dessus, est interdite et nulle. Autrement dit, le principe de l’alinéa 1^{er} est impératif : il ne saurait être question de mettre contractuellement à charge du consommateur la preuve du respect de tout ou partie des obligations qui sont imposées au vendeur (ou au fournisseur, c’est selon) par la section « Des contrats à distance ».

§ 4. Exigences additionnelles en matière de contrats conclus par voie électronique

I. INTRODUCTION

A. Le champ d'application de la LSSI

La loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information (LSSI)¹⁰⁹ ne vise que le « service de la société de l'information », cette expression désignant « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, *par voie électronique* et à la demande individuelle d'un *destinataire du service* »¹¹⁰.

Cette définition suggère, d'une part, qu'est seule concernée par la LSSI la prestation de service *on line* (« par voie électronique »), d'autre part, que sont protégés non seulement les consommateurs, mais aussi les professionnels (le « destinataire du service » s'entend en effet de « toute personne physique ou morale qui, *à des fins professionnelles ou non*, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible »)¹¹¹.

Nous voyons là que la LSSI et les dispositions de la LPCC relatives aux contrats à distance ont des champs d'application différents. La LSSI ne vise que les contrats conclus en ligne, alors que les dispositions de la LPCC sur les contrats à distance concernent également les contrats conclus par des moyens tels que le courrier postal, le téléphone, la télécopie... En revanche, *ratione personae*, le domaine de la LSSI est plus large puisqu'il couvre aussi bien les rapports entre professionnels (dits « Business to Business » ou, plus couramment encore, « B2B ») que les rapports entre professionnels et consommateurs (« Business to Consumers » ou « B2C »), alors que la LPCC ne s'intéresse qu'aux contrats à distance avec des consommateurs.

En définitive, les deux textes sont complémentaires, et applicables conjointement s'agissant d'une prestation de service à un consommateur en ligne.

B. Les questions traitées

Quels sont les risques spécifiques liés à l'utilisation des voies électroniques pour la conclusion du contrat ?¹¹² Ils concernent essentiellement la qualité des consentements échangés dès lors qu'un outil technologique complexe et plus ou moins opaque s'interpose entre les

¹⁰⁹ M.B., 17 mars 2003, p. 12963. Pour un commentaire général de cette loi, voy. E. MONTERO, M. DEMOULIN et C. LAZARO, « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81-95 ; P. VAN EECHE et J. DUMORTIER (éds), *Elektronische handel. Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, Bruges, Die Keure, 2003. Sur les dispositions relatives aux contrats, voy. E. MONTERO, « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », in *Le droit des affaires en évolution – Le contrat sans papier*, Institut des Juristes d'Entreprise, n° 14, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, 2003, pp. 1-53 ; C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs », *op. cit.*, pp. 7-135.

¹¹⁰ LSSI, art. 2, 1°.

¹¹¹ LSSI, art. 2, 5°.

¹¹² Pour un aperçu de ces risques, M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, sous la dir. de M. FONTAINE, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 693-788, spéc. pp. 701-704, n°s 13 à 17.

cocontractants : la transparence du processus contractuel s'en trouve menacée et la réalité d'un consentement libre et éclairé sujette à caution. On ajoutera le danger des erreurs de manipulation et des achats d'impulsion, favorisés par l'interactivité et les facilités de la navigation sur le Web...

C'est en réponse à ces risques et défis nouveaux entourant la conclusion de contrats sur le *net*, qu'a été adoptée la directive sur le commerce électronique¹¹³, dont la LSSI assure la transposition en droit interne.

Une fois de plus, le législateur a joué, avec conviction, la carte de l'obligation d'information. Ainsi oblige-t-il tout prestataire de service de la société l'information (tel le titulaire d'un site de commerce électronique) à mettre en évidence une série d'informations relatives à son identité et à son activité professionnelle (II). Ainsi encore, le législateur lui impose-t-il l'obligation de communiquer une série d'informations concernant le *processus contractuel* (III). Enfin, il met à sa charge une obligation relative à la conservation et à la reproduction des conditions générales contractuelles (IV).

Manifestement, comme on le verra au long de l'exposé, l'obligation d'information est devenue pour le législateur contemporain l'alpha et l'oméga de la protection de la partie estimée en position de faiblesse.

Avant de nous pencher sur le fond de ces règles nouvelles, relevons qu'à l'égard des consommateurs, la preuve du respect des exigences prévues par les dispositions examinées ci-après incombe au prestataire¹¹⁴.

II. INFORMATIONS RELATIVES AU PRESTATAIRE LUI-MÊME

Un premier jeu d'informations à fournir impérativement concerne toutes les indications relatives au prestataire lui-même et à son activité professionnelle. L'objectif, en définitive, est d'établir un lien entre le monde virtuel et le monde réel, de favoriser l'identification précise du prestataire et de faciliter le contact avec lui¹¹⁵.

Alors que le vendeur à distance peut se contenter de décliner son identité et son adresse géographique, quiconque ouvre un site web servant de support à un service de la société de l'information (les titulaires de sites de commerce électronique ne sont pas les seuls visés !) doit, en outre, indiquer une adresse e-mail de contact et, le cas échéant, son numéro de TVA et de registre du commerce, l'ordre professionnel auquel il appartient, les règles professionnelles ou codes de conduite qui lui sont applicables, etc.

¹¹³ Pour un commentaire complet de la directive sur le commerce électronique, E. MONTERO (sous la dir. de), *Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001; A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Un cadre juridique pour l'Internet », *J.T.*, 2001, pp. 133-145; E. TERRY, « De omzetting van de richtlijn elektronische handel in Belgisch recht : geen sinecure ? », *D.C./C.R.*, n° 51, 2001, pp. 115-165; E. CRABIT, « La directive sur le commerce électronique. Le projet 'Méditerranée' », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2000/4, pp. 749-833.

¹¹⁴ LSSI, art. 12.

¹¹⁵ LSSI, art. 7, § 1^{er}.

Ces informations s'ajoutent à celles déjà imposées par d'autres textes légaux et réglementaires¹¹⁶. Elles doivent être accessibles facilement, directement et en permanence pour le destinataire du service. En pratique, cette exigence peut être satisfaite par la simple présence d'un hyperlien au bas de chaque page web, que l'acheteur potentiel peut activer pour être renvoyé à une page spécifique contenant ces informations.

III. INFORMATIONS VISANT A ASSURER LA TRANSPARENCE DU PROCESSUS CONTRACTUEL

A. Les risques liés au *modus operandi*

En sus des informations générales à fournir¹¹⁷ et des informations préalables requises dans les contrats de consommation¹¹⁸, l'article 8, § 1^{er}, de la LSSI impose au prestataire de services qui contracte à distance par voie électronique, de communiquer une série d'informations relatives au processus contractuel. Cette obligation est assurément originale : les informations dues ne s'attachent pas au produit ou service concerné, ni aux conditions contractuelles, mais au *mode particulier* de conclusion du contrat. Il s'agit ici de fournir des informations de nature à assurer une plus grande transparence du processus de commande, à éviter les erreurs de manipulation ou la conclusion de contrats par inadvertance.

Ces informations doivent être fournies impérativement aux destinataires de services qui ont la qualité de consommateur ; par contre, le prestataire n'est pas obligé de fournir ces informations aux destinataires qui n'ont pas cette qualité¹¹⁹. Par conséquent, si un site de commerce électronique s'adresse uniquement à des professionnels, il est permis, moyennant l'accord de chacun des professionnels accédant au site, d'omettre les informations exigées par l'article 8, § 1^{er}. Par ailleurs, elles concernent en réalité les contrats conclus directement sur le Web et ne sont pas de mise dans les contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques¹²⁰.

Les informations requises par l'article 8, § 1^{er}, doivent être « formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque ». Il faut que la nature des informations soit apparente, ce qui suppose que leur dénomination soit suffisamment suggestive, que les explications données soient compréhensibles, qu'elles ne soient pas noyées dans un flot d'informations purement commerciales et qu'il n'y soit pas renvoyé par un lien hypertexte peu visible.

L'article 8, § 1^{er}, précise encore que les informations doivent être communiquées « avant que le destinataire du service ne passe une commande ». Le terme « commande » a été choisi ici pour éviter délibérément toute référence à la notion de « conclusion du contrat », dont le moment varie d'un Etat à l'autre. L'important est que le destinataire du service soit pleinement informé des modalités de conclusion du contrat *avant même* d'entamer sa sélection des biens et services commercialisés sur le site. Bien entendu, cette information préalable ne dispense pas le prestataire de son obligation de renseignement tout au long du

¹¹⁶ Par exemple, si le prestataire est une personne morale, il devra en outre se conformer au droit des sociétés, qui exige la fourniture d'un certain nombre de renseignements relatifs à sa société, dans « tous les actes, factures, publications, lettres, notes de commande et autres documents » (not. art. 78 et 86 du Code des sociétés belge). Ce genre de formulation, ouverte, permet de considérer, sans aucun doute, que le site web d'une société ou ses courriers électroniques doivent contenir les informations requises par la loi.

¹¹⁷ LSSI, art. 7.

¹¹⁸ LPCC, art. 78.

¹¹⁹ LSSI, art. 11, al. 1.

¹²⁰ LSSI, art. 11, al. 2.

processus de commande, depuis l'arrivée sur le site transactionnel jusqu'à la conclusion du contrat.

B. Contenu des informations dues lors de la passation d'une commande sur les réseaux

Les informations à fournir dans le cadre de la passation d'une commande portent sur quatre points. On les évoque tour à tour.

1. LES LANGUES PROPOSÉES POUR LA CONCLUSION DU CONTRAT

Le prestataire est libre de cibler un marché par le recours à une ou plusieurs langues. Toutefois, si une langue déterminée apparaît dès les premières pages du site et au long du processus contractuel, y compris pour la rédaction du bon de commande, les informations requises par la loi doivent également être formulées dans cette langue. Le prestataire ne peut proposer une langue, en vue d'attirer une clientèle, tout en procurant des informations légales essentielles, des rubriques d'aide ou les conditions générales contractuelles dans une autre langue, inconnue du client ciblé¹²¹.

2. LES ÉTAPES TECHNIQUES À SUIVRE POUR CONCLURE LE CONTRAT

L'obligation d'information portant sur les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat vise à éviter qu'à défaut d'une maîtrise suffisante du Web, des usagers ne se trouvent engagés dans des liens contractuels pratiquement à leur insu – par erreur, inadvertance, ou faute de mesurer adéquatement la portée juridique d'un « clic ».

En posant cette exigence, le législateur s'inspire d'une pratique déjà en vigueur sur certains sites : le processus de commande est jalonné d'étapes et de haltes propices à la réflexion, chaque passage à l'étape suivante étant conditionné par l'approbation du destinataire du service, exprimée en cliquant sur l'icône prévue à cet effet. Cette procédure tend à clarifier le déroulement du processus contractuel.

3. LES DISPOSITIFS DE CORRECTION DES ERREURS

L'usage des réseaux favorise le risque de commission d'erreurs liées à une manipulation inadéquate ou maladroite de l'outil technologique : l'internaute peut cliquer par mégarde sur une icône et conclure ainsi un contrat sans l'avoir vraiment voulu ; il peut croire à tort – suite à des perturbations dans la connexion – que sa commande n'a pas été enregistrée et recommencer l'opération, concluant ainsi deux contrats au lieu d'un seul ; il peut commettre des erreurs diverses dans la saisie des données (sélectionner le mauvais article, ou le sélectionner plusieurs fois, se tromper – au moment de compléter le formulaire de commande – dans le numéro de carte de crédit, l'adresse de livraison...), etc.

Pour prévenir ce genre de bévues, le prestataire est tenu de mettre à la disposition de ses clients des moyens techniques appropriés permettant l'identification et la correction des

¹²¹ Cf. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs », *op. cit.*, p. 49.

erreurs commises dans la saisie des données, et ce, avant la passation de la commande¹²². En corollaire, le prestataire doit informer le destinataire sur l'existence de tels dispositifs¹²³.

4. L'ARCHIVAGE DU CONTRAT

Afin de conserver une trace de la transaction et de se ménager ainsi une preuve, il n'est pas rare que les prestataires de services procèdent à l'archivage du contrat. En ce cas, le destinataire du service doit être informé non seulement de l'existence de cet archivage, mais aussi de la possibilité d'y accéder ou non.

Remarquons, d'une part, que le prestataire n'impose nullement de procéder systématiquement à l'archivage du contrat, d'autre part, que s'il archive le contrat, il est seulement tenu d'informer le destinataire, non de lui permettre d'y accéder.

C. Le contenu des informations dues postérieurement à la passation de la commande

1. PRINCIPE : L'OBLIGATION D'ACCUSER RÉCEPTION DE LA COMMANDE

Avec le développement des contrats à distance, puis du commerce électronique, le législateur s'est montré de plus en plus soucieux, on l'a vu, de protéger le cocontractant, en multipliant les informations à lui communiquer, non seulement préalablement, *mais aussi postérieurement*, à la conclusion du contrat.

La LSSI exige que le prestataire envoie, sans délai injustifié et par voie électronique, un accusé de réception de la commande émanant du destinataire du service¹²⁴. Cet accusé de réception consiste indifféremment en l'envoi d'un e-mail à l'adresse de courrier électronique du cocontractant, ou bien en l'affichage d'une page web consécutivement à la validation de la commande sur le site du prestataire. Souvent, par souci de sécurité, les prestataires combinent les deux formules. Le cocontractant est ainsi assuré que sa commande a bel et bien été reçue et enregistrée.

Contrairement à la directive sur le commerce électronique, restée imprécise sur ce point, le législateur belge prévoit que l'accusé de réception doit contenir un récapitulatif de la commande¹²⁵. Enfin, il est précisé que « la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès »¹²⁶.

Encore convient-il de souligner que cette disposition est supplétive entre professionnels¹²⁷. En outre, elle ne s'applique pas aux contrats conclus exclusivement par échange de courriers

¹²² LSSI, art. 9. A propos de ces dispositifs, voy. E. MONTERO, « Internet et le droit des obligations conventionnelles », in *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1997, pp. 48-49.

¹²³ LSSI, art. 8, § 1^{er}, 3^o.

¹²⁴ LSSI, art. 10, 1^o. Concernant l'évolution de cette disposition au cours du processus d'élaboration de la directive sur le commerce électronique et les raisons du repli sur le terme, imprécis, de « commande », voy. R. JULIA-BARCELO, E. MONTERO et A. SALAÜN, « La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies », in *Commerce électronique. Le temps des certitudes*, Cahiers du CRID, n° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 1-52, spéc. pp. 24-32.

¹²⁵ LSSI, art. 10, 2^o.

¹²⁶ LSSI, art. 10, 3^o.

¹²⁷ LSSI, art. 11, al. 1.

électroniques¹²⁸, ce que nous regrettons, car, en pareille situation, l'incertitude est totale quant à la bonne réception de la commande.

2. PORTÉE ET INTÉRÊT DE L'ACCUSÉ DE RÉCEPTION.

L'on sait que le droit belge admet les offres faites au public, c'est-à-dire à personnes indéterminées, au contraire d'autres systèmes juridiques qui qualifient ce genre de manifestations de volonté comme de simples *invitations à offrir*¹²⁹. Par conséquent, dès l'instant où sont présents les éléments matériel et moral de la notion, toute volonté émise sur les réseaux (vitrine virtuelle, catalogue en ligne, courrier électronique) peut être qualifiée d'offre¹³⁰.

Aussi est-il permis d'analyser l'envoi de la « commande » comme une véritable *acceptation* de l'offre du prestataire, apte à provoquer la formation du contrat. Il s'en suit que l'accusé de réception, postérieur à cette acceptation, n'a aucune influence sur la formation du contrat¹³¹.

Quelle est alors son utilité ? D'une part, il sert à informer le client que sa commande a bien été reçue par le prestataire et donc que le contrat est formé ; d'autre part, il constitue pour lui un moyen de preuve de l'existence du contrat, en cas de contestation.

IV. LA COMMUNICATION DES CONDITIONS GENERALES CONTRACTUELLES

A. Renvoi au droit commun

La LSSI n'impose pas la communication des clauses et conditions générales contractuelles au destinataire. La question de leur force obligatoire ressortit au droit commun. On sait, à cet égard, que celle-ci est subordonnée à une double condition : l'acheteur doit avoir eu la possibilité de connaître les conditions générales préalablement à la conclusion du contrat, et leur acceptation doit être certaine.

La seule exigence envisagée par la loi, en son article 8, § 2, est la suivante : si les clauses contractuelles et les conditions générales sont communiquées au destinataire, alors elles doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire.

Cette exigence est impérative tant à l'égard des consommateurs que dans les relations entre professionnels¹³².

¹²⁸ LSSI, art. 11, al. 2.

¹²⁹ Sur la notion d'offre en droit belge et comparé, voy. C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in M. FONTAINE (sous la dir. de), *Le processus de formation du contrat – Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2002, pp. 139 et s., et les références citées.

¹³⁰ *A fortiori* en sera-t-il ainsi lorsqu'un bon de commande est intégré au site du prestataire ou lorsqu'un paiement par carte de crédit est exigé aux fins de pouvoir passer commande, le client ayant l'impression sincère et légitime de répondre à une offre. En ce sens, C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, *op. cit.*, p. 152, n° 4.

¹³¹ En ce qui concerne le moment et le lieu de la conclusion du contrat, on rappelle qu'en Belgique, la Cour de cassation a consacré la *théorie de la réception*, en affirmant qu'un contrat entre parties non présentes est formé au moment et à l'endroit où l'offrant « a eu ou a raisonnablement pu avoir connaissance de l'acceptation de son offre » (*supra*, § 2).

¹³² LSSI, art. 11, al. 1, *a contrario*.

Pratiquement, le prestataire doit offrir au destinataire la possibilité d'enregistrer les conditions générales sur le disque dur de son ordinateur ou de les imprimer sur papier de manière à pouvoir s'y référer à tout moment. A cet effet, il devrait configurer les pages contenant les conditions générales en manière telle qu'elles puissent être efficacement enregistrées ou imprimées.

B. Quelle présentation dans l'environnement numérique ?

On peut s'interroger sur la forme que doivent prendre les conditions générales dans l'environnement électronique. Comment doivent-elles être mises en évidence sur les pages web ? Un lien hypertexte à activer pour y accéder suffit-il ? À défaut d'indication légale plus précise, ces questions et d'autres similaires se résoudront, demain comme hier, par la voie jurisprudentielle, en fonction de la variété des situations susceptibles de se présenter. A notre avis, le prestataire a intérêt à faire figurer, sur chacune des pages du site, un hyperlien visible, renvoyant à une page contenant les conditions générales. À cet égard, la présence d'un lien sur la seule page d'accueil risque de ne pas suffire. En effet, il est envisageable qu'un internaute accède à un site sans passer par la page d'accueil, moyennant l'activation, à partir d'un moteur de recherche ou de tout autre site, d'un lien hypertexte 'profond' qui le mènerait directement au sein du site de commerce électronique¹³³. Dans cette hypothèse, si les conditions générales n'étaient accessibles que depuis la page d'accueil du site, il ne pourrait en prendre connaissance¹³⁴. Il faudrait également veiller à ce que pareil hyperlien figure en bonne place lors de la passation de la commande, avant la conclusion définitive du contrat par le client.

La présentation des conditions générales dans le contexte de l'internet ne pose pas de problème particulier, dans la mesure où sont respectés, *mutatis mutandis*, les critères fixés par la jurisprudence : clarté, lisibilité, emplacement, rédaction dans une langue compréhensible par le cocontractant... Qui plus est, le multimédia permet également d'attirer l'attention du visiteur sur telle ou telle clause particulièrement importante (droit de renonciation, exonération de responsabilité...), par un jeu de couleurs, de taille et de police de caractères, d'encadrés, d'animations, de fenêtres spéciales apparaissant à l'écran... Certains sites vont plus loin encore, en prévoyant l'affichage automatique des conditions générales au cours du processus contractuel. Dans certains cas, la commande ne peut être effectuée tant que l'intéressé n'a pas fait défiler les conditions contractuelles et marqué son adhésion en cliquant sur un bouton du type « J'accepte ». Ce *passage obligé* par les conditions générales est, pour le prestataire, le meilleur moyen de se ménager une preuve que le client a accepté les conditions générales¹³⁵. Cette précaution est loin d'être superflue tant il est vrai que la question de la preuve peut se révéler délicate s'agissant de contrats conclus dans les environnements numériques ; il suffit de songer à la facilité avec laquelle un site peut être modifié¹³⁶.

¹³³ Sur les différents types de liens hypertextes, voy., parmi d'autres, A. STROWEL, « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens », *AM*, 1998, pp. 296 et s.

¹³⁴ Cette remarque est valable non seulement pour les conditions générales, mais aussi pour toute une série d'informations intéressant le site dans son ensemble, telles que les renseignements sur l'identité et l'activité du prestataire, le fait que le site soit éventuellement réservé aux professionnels ou encore les informations relatives à la politique pratiquée en matière de traitement des données à caractère personnel ('Privacy Policy').

¹³⁵ Pour d'autres considérations, E. MONTERO, *Les contrats de l'informatique et de l'internet*, op. cit., p. 222.

¹³⁶ Pour une illustration en jurisprudence, à propos d'un contrat de voyage conclu sur Internet, voy. Comm. Tongres, 5 octobre 2004, *D.A.O.R.*, n° 81, 2007, pp. 152 et s., et note E. MONTERO.